Die unbestellte Zusendung

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

vorgelegt von

Wilhelm Dodt
Referendar

1930.

Spezial-Druckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0117

Inhaltsübersicht.

	Seite
§ 1. Tatbestand der unbestellten Zusendung	1
Der rechtliche Charakter derartiger Zusendungen	3
§ 2. Die unbestellte Zusendung, eine Einladung zu einem Vertragsantrag .	3
§ 3. Die unbestellte Zusendung, ein Vertragsantrag	7
§ 4. Die Auslegung der in der unbestellten Zusendung liegenden Willenserklärung in Uebereinstimmung mit den Erfordernissen eines Vertragsantrages	
§ 5. Das Auslegungsmaterial und die gesetzlichen Auslegungsgrundsätze .	10
§ 6. Das Verhalten des Empfängers und die Annahme des Antrags . .	14
§ 7. Die rechtliche Stellung des Empfängers bei Ablehnung des Antrags .	16
a) keine Abnahmepflicht des Empfängers	16
b) keine Fürsorgepflicht des „überrumpelten" Empfängers . . .	17
c) Aufbewahrungs- und Fürgsorgepflicht des „freiwilligen" Empfängers	18
§ 8. Die Entledigungsrechte des Empfängers	24
§ 9. Die Möglichkeiten des Absenders zur Wiedererlangung seines Gutes unter besonderer Berücksichtigung der Besitzverhältnisse bei der unbestellten Zusendung	25

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Araventinos, Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im Deutschen Bürgerlichen Recht, in Iherings Jahrbuch 48, S. 101 f.

Assmann, Die Rechtsstellung des Boten.

— Unbestellte Zusendungen.

Beer, Zusendung unbestellter Waren, in D.J.Z. 1901, S. 431 f.

Biermann, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. III, 1914.

Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.

Deutsche Juristenzeitung.

Ebbecke, Besitzstand, in Recht, 1913, S. 261 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 3. u. 4. Auflage 1898.

Endemann, Handbuch des deutsch. Handels-See- u. Wechselrechts 1882.

Enneccerus, Kipp, Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II,1, Das Sachenrecht, 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Cicilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Falkmann, Die Rechtsstellung des Boten, Diss. Erlangen 1908.

Frank, Der Besitzwille nach dem B.G.B.

Franke, Zusendung nicht bestellter Sachen. Diss. Rostock 1926.

Fränkel, Die unbestellte Ware. Diss. Jena 1902.

Friedheim, Die Zusendung unbestellter Ware nach neuem deutschen Handelsrecht. Diss. Rostock 1903.

Fromm, Der Bote, Diss. Erlangen 1908.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch, 1903.

Goldschmidt, Zeitschrift des gesamten Handelsrechts.

Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Hanausek, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware.

Hellwig, Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen, in J.W. 1924, S. 659 ff.
Hepner, Der Bote ohne Ermächtigung, Diss. Erlangen 1908.
Hupka, Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht.
Jüngling, Zur Lehre vom Boten und vom Stellvertreter, Diss. Greifswald 1906.
Juristische Wochenschrift.
Josef, Die Zusendung unbestellter Waren zur Ansicht, in D.J.Z. 1901, S. 431 f.
Kommentar zum B.G.B., erläutert von Reichsgerichtsräten, 1928.
Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen, Diss. Heidelberg 1907.
Letzgus, Die Pseudopartei im rechtsgeschäftlichen Verkehre, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 126, S. 27 ff.
Mansfeld, Genehmigung gefälschter Unterschriften, in Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1914, S. 801 ff.
Matthiessen, Stellvertretung in der Erklärung, in J.W. 1924, S. 659 ff.
Milster, Die Rechte und Pflichten des Empfängers unbestellter Waren, Diss. Erlangen 1901.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1888.
Oertmann, Kommentar zum B.G.B. und seinen Nebengesetzen, 1927.
Pagel, Fälschung und Handeln unter falschem Namen, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 53, S. 229 ff.
Planck, Kommentar zum B.G.B., Bd. I, 1913; Bd. II, 1907 und 1928; Bd. III, 1920.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines B.G.B.
Raape, Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem B.G.B., Diss. Bonn, 1901.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Rosenberg, Stellvertretung im Prozeß.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Soergel, Das B.G.B., 1926.
Sokolowski, Der Besitz im klassischen Recht und dem deutschen B.G.B.
Staub-Stranz, Kommentar zur Wechselordnung, 1926.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B., Bd. I, 1925, Bd. II, 1928, Bd III, 1926.
Strohal, Der Sachbesitz nach dem B.G.B., in Ihering's Jahrbuch, Bd. 38, S. 1 ff.
Titze, Die Lehre vom Mißverständnis, 1910.
Warneyer, Kommentar zum B.G.B., Bd. I, 1923, Bd. II, 1927.
Wedemeyer, Der Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen.
Weist, Die unbestellte Zusendung, Diss. Breslau 1920.
Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B.G.B. für das Deutsche Reich, Berlin 1889.
Zitelmann, Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in Ihering's Jahrbuch, Bd. 34, S. I ff.

§ 1.

Tatbestand der unbestellten Zusendung.

Die Zusendung von Sachen erfolgt in der Regel auf Grund einer Bestellung, auf Grund eines vorangegangenen zwischen dem Absender und dem Empfänger getätigten Vertrages, sei es nun Vor- oder Hauptvertrag, Besichtigungsvertrag, Kauf auf Probe, Kauf, Miete, Verwahrungs-, Werk- oder sonst ein Vertrag. Die unbestellte Zusendung dagegen entbehrt jedweden Vertragsverhältnisses, sie erfolgt aus dem rein einseitigen Entschluß des Absenders oder auch auf fremdes Zutun, nur nicht auf Veranlassung des Empfängers. Der Empfänger wird ohne seinen Willen zu ihr in Verbindung gebracht und zwar in den weitaus meisten Fällen in der wohlbedachten Absicht des Versenders dadurch bequem und sicher mit dem Adressaten in Beziehung zu kommen und ihn zu alsbaldiger geschäftlicher Vertragsanbahnung anzuregen. So ist die unbestellte Zusendung ein beliebtes Mittel vieler Kaufleute zur Erweiterung ihres Kundenkreises und damit zur Erhöhung ihres Warenumsatzes. So mancher Kaufmann begnügt sich nicht mehr allein mit der Anpreisung seiner Verkaufsgüter in Schaufenster und Zeitungsanzeigen, schickt vielmehr die einzelnen Gegenstände unbestellt sogleich ins Haus. Ist es doch eine bekannte Tatsache, daß die Unmittelbarkeit bequemster Besichtigung der Kauflust des Publikums einen besonderen Anreiz gibt. Kataloge, Muster, Proben und Preisverzeichnisse, Lotterielose, Bücher, Haushalt- und Liebhaberartikel sind vornehmlich Gegenstand unbestellter Zusendung. Den Empfänger zum Abschluß eines Kaufvertrages zu bewegen, wird hier meistens ihr Zweck sein. Vielfach verbindet der Absender mit der Zusendung eines Gegenstandes als Kaufobjekt und Probe auch den Willen auf Lieferung weiterer zu einer ganzen Kollektion gehörender Stücke (Brautwäscheausstattung, Tafelservice, Toilette- oder Küchengarnitur). Kataloge und Begleitschreiben werden ihnen meistens beiliegen. Oft auch erfolgt die Zusendung unbestellter Ware zur Wiederanbahnung eingegangener Geschäftsverbindung. Bei den sogenannten Eintags-, Saison- und Modewaren, die oft nur aus einem einmaligen Anlaß, vielleicht nur an einem bestimmten Orte und meistens nur ganz kurze Zeit marktgängig sind, die also schon

mit dem Ablauf der Zeit erheblich an Wert verlieren, mitunter dann garnicht mehr verkaufsfähig sind, verlangt der Geschäftsverkehr eine derartige Beschleunigung in der Lieferung, daß zur Führung besonderer Vertragsverhandlungen vielfach gar keine Zeit ist, wenn nicht die Konjunktur, die beste Verkaufszeit, ungenützt verstreichen soll. Sie werden eben den einschlägigen Firmen unbestellt zugesandt.[1]

Häufig liegt der unbestellten Zusendung garnicht einmal Verkaufsabsicht zu Grunde, der Absender will vielmehr lediglich das Zustandekommen eines Miet- oder Werk- oder Verwahrungsvertrages, so bei Uebersendung von Büchern durch Mietbüchereien, von Pelzen zum Zwecke der Reinigung und Aufbewahrung über die Sommermonate. Die fast allgemein übliche unaufgeforderte Uebersendung von Manuskripten bezweckt das Zustandekommen eines besonderen Verlagsvertrages. Die Zusendung von Bewerbungsgesuchen mit Zeugnissen und Photographien soll zum Abschluß eines Dienstvertrages führen, wie überhaupt jedes nur irgend mögliche Vertragsverhältnis durch die unbestellte Zusendung angestrebt werden kann.

In das Gebiet der unbestellten Zusendung gehören aber auch die zahlreichen Fälle, in denen ein beachtlicher Irrtum Ursache der Zusendung ist, sei es, daß der Absender irrtümlich annimmt, es handle sich um eine Bestellung, sei es, daß bestellte Ware durch irrtümlich falsche Adressenaufschrift oder infolge eines Versehens des Ueberbringers oder Frachtführers an einen Dritten gelangt. Desgleichen handelt es sich um unbestellte Zusendung, wenn jemand ohne Bevollmächtigter zu sein, für einen Dritten Sachen bestellt und der Kaufmann im Vertrauen auf die Vertretungsmacht dem Dritten die Sachen zuschickt. Ebenso auch, wenn zwar ein Vertrag geschlossen und in Erfüllung dessen die Ware zugesandt wird, der Vertrag sich aber als nichtig herausstellt. Eine weitere wichtige Gruppe bilden die Fälle, bei denen der Uebersendung wohl eine Bestellung zu Grunde liegt, aber einmal mehr Sachen als bestellt, das andere Mal andere Sachen als bestellt geschickt werden. Bei der Mehrsendung ist, je nach den Umständen des konkreten Falles und je nachdem eine Teilung möglich und zumutbar ist, das Ganze oder das Zuviel unbestellte Zusen-

1) Vergl. Aßmann S. 18 und sein dort angeführtes Beispiel der Versendung von Seefischen bei besonders reichen Fängen.

dung. Bei Abweichungen von der Bestellung bestimmt das HGB. in § 378 für Kaufleute, daß die Lieferung einer anderen Sache nur dann als unbestellt gelten kann, wenn sie offensichtlich so erheblich von der Bestellung abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß. Das bürgerliche Recht kennt diese Einschränkung nicht. Doch auch hier wird im allgemeinen nach dem gleichen Grundsatz das Sachverständigen-Gutachten unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung und der persönlichen und sachlichen Umstände des strittigen Falles den Ausschlag zu geben haben, ob es sich um unbestellte oder um mangelhafte Lieferung mit ihren Gewährleistungsansprüchen handelt. Dies mögen die häufigsten Fälle der unbestellten Zusendung sein, noch viele andere sind möglich. Gedacht sei lediglich noch an die unbestellten Zusendungen, für die infolge der von dem Adressaten öffentlich übernommenen Pflicht zum Geschäftsabschluß oder zur Geschäftsbesorgung eine gesetzliche Annahme- und Fürsorgepflicht besteht.[2] Sie jedoch interessieren im Rahmen dieser Arbeit nicht.

Der rechtliche Charakter derartiger Zusendungen.

§ 2.

Die unbestellte Zusendung, eine Einladung zu einem Vertragsantrag.

Die Aufzählung der einzelnen Fälle unbestellter Zusendung hat zur Genüge gezeigt, daß ihre Erscheinungsformen im Wirtschaftsleben überaus vielgestaltig sein können, daß der Absender unbestellte Ware aus dem mannigfaltigsten Anlaß und zu den verschiedensten Zwecken versenden kann. Alle die Zusendungen haben jedoch, wohl mit der alleinigen Ausnahme der zum Zwecke der Vertragserfüllung irrtümlich an eine falsche Adresse geschickten Ware, das eine gemeinsam, daß sie, wie bereits angedeutet, in der Absicht erfolgen, mit dem Adressaten in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu treten und daß die Sendung die Grundlage des erhofften Vertrages kennzeichnen soll. Diese Absicht des Absenders kann in einem besonderen Begleitschreiben ausdrücklich erklärt, sie kann

2) Post, Eisenbahn, § 663 B.G.B., § 362 H.G.B.

aber auch aus der bloßen Zusendung an sich entnommen werden. Je nachdem die durch die Zusendung erklärte Geneigtheit des Absenders zum Vertragsabschluß eine mehr oder weniger bestimmte und festumrissene Form angenommen hat, ist die unbestellte Zusendung ein realiter erklärter rechtlich bedeutsamer verbindlicher Vertragsantrag oder aber sie ist lediglich eine Aufforderung an den Empfänger von sich aus dem Absender Vertragsanträge auf der durch die Zusendung gekennzeichneten Grundlage zu stellen. Der Unterschied zwischen den beiden Tatbeständen ist der, daß durch die Annahme des verbindlichen Antrages der Vertrag der Absicht des Antragstellers entsprechend in das Leben tritt, daß also eine Erklärung vorliegt, zu der nur die Annahme hinzutreten braucht, damit ein Vertrag entsteht. Bei der unverbindlichen Aufforderung soll der Empfänger den Vertragsantrag stellen und so die Entscheidung über Entstehen oder nicht Entstehen des Vertrages dem Versender überlassen. Um was es sich im einzelnen handelt und welcher Art der erstrebte Vertrag sein soll, ist stets aus den Umständen und Besonderheiten des jeweiligen Falles herzuleiten.

So wird in der Zusendung von Reklamesachen, von Katalogen und Preislisten fast immer nur eine Aufforderung zur Offerte zu erblicken sein.[1] Kataloge und Preisverzeichnisse pflegen eine ganz allgemeine Aufstellung der am Lager vorrätigen Verkaufsgegenstände zu enthalten und werden in der Regel an Hunderte von Personen gleichzeitig verschickt. Vielfach hat dazu der Versender die Anschriften aus Adreßbüchern entnommen oder die Verteilung gattungsmäßig als sogenannte Wurfsendung (z. B. an die Haushaltungsvorstände) veranlaßt und schwerlich dürften ihm daher die einzelnen Adressaten sämtlich auch nur dem Namen nach bekannt sein. Es ist deshalb erklärlich, daß der Kaufmann mit der Zusendung der Kataloge gar nicht die Absicht haben wird, sich gegenüber jedem Empfänger eines solchen Kataloges zu verpflichten, mit diesem ohne ein weiteres Mitbestimmungsrecht seinerseits Verträge einzugehen. Der Versender wird vielmehr

1) Ebenso wie beim Zeitungsinserat und bei der Schaufensterausstellung (hier allerdings bestritten). Es sei hier auch darauf hingewiesen, daß die rechtliche Natur der Zusendung von Katalogen und allgemeinen Preisverzeichnissen auf Bestellung in der Regel die gleiche sein wird, wie die bei deren unbestellter Zusendung und daß die oben nachfolgenden Erwägungen zur Feststellung der rechtlichen Natur auch auf sie zutreffen, daß also im Ergebnis auch hier eine bindende Offerte regelmäßig nicht vorliegt.

in der Regel ein Interesse haben, vor Vertragsschluß zu erfahren, mit wem er abschließt, wie die Kreditfähigkeit des Gegenkontrahenten ist usw. Meist wird der Versender mit Rücksicht auf seine beschränkten Warenvorräte auch garnicht in der Lage sein, mit einer unbeschränkten Anzahl von Personen Verträge abzuschließen. Beabsichtigt ist daher nur, die Empfänger zur Vertragsanbahnung anzureizen oder wie die Motive[2] zum BGB. sagen, „das Publikum auf die Gelegenheit zum Kaufen hinzuweisen und gleichzeitig die Geneigtheit zur Entgegennahme von Vertragsanträgen zu erklären". Da überdies die Massenreklamesendung meist nur die Grundlage, nicht aber alle diejenigen Punkte enthalten wird, die notwendig zum Gegenstand des jeweiligen Vertrages gemacht werden sollen, so ist es auch den Empfängern derartiger Zusendungen garnicht möglich, ohne weitere Mitwirkung des Versenders einen rechtswirksamen Vertrag zur Entstehung zu bringen. Das alte HGB. enthielt in seinem Art. 337 die Bestimmung, daß ein „Anerbieten zum Verkauf, das erkennbar für mehrere Personen, insbesondere durch Mitteilung von Preislisten, Lagerverzeichnissen, Proben und Mustern geschieht oder bei welchem die Ware, der Preis und die Menge nicht bestimmt bezeichnet ist, keinen verbindlichen Antrag zum Kaufe" darstelle. Wenn diese Bestimmung in das geltende Gesetz nicht übernommen wurde, so hat dies wohl seine Begründung darin, daß es nach Lage der Umstände nicht ausgeschlossen ist, daß den Zusendungen dieser Art auch eine weitergehende Bedeutung beizumessen ist. Grundsätzlich wird aber der Art. 337 AHGB. auch im heutigen Recht seine volle Anerkennung finden müssen. Wenn demnach bei der Uebersendung von Reklamedingen ein bindender Vertragsantrag, eine gültige Offerte grundsätzlich nicht vorliegt, so kann es sich nur um eine Aufforderung zur Offerte handeln. An sie aber hat das geltende Recht keinerlei positiven Rechtswirkungen geknüpft. Die Zusendung von Reklame ist rechtlich belanglos, ihr Zweck ist ein rein wirtschaftlicher. Daran ändert auch die Feststellung nichts, daß, um diesen Zweck zu erreichen, der Absender regelmäßig die Absicht haben wird, das Eigentum an derartigen Sachen auf den Adressaten zu übertragen, daß also in der Zusendung von Katalogen und Preislisten neben seinemHauptzweck der wirtschaftlichen Reklame gleichzeitig auch eine Ei-

2) Motive Bd. 1 S. 166 ff.

gentumsübertragungsofferte enthalten ist, durch deren Annahme das Eigentum übergeht, da in dem Empfang der Sache bereits die Uebergabe liegt, also beide Erfordernisse Einigung und Uebergabe erfüllt sind.

Dieser Eigentumsübergang ist jedoch wie gesagt nicht Hauptzweck, er erfolgt nicht um seiner selbstwillen, auch nicht in der Absicht einer Schenkung, er ist lediglich Mittel zum Zweck und an keinerlei Gegenleistung gebunden. Er wird ohne jede Bedingung vorgenommen. Der Versender verlangt nicht, daß sich der Empfänger auf seine Reklame einläßt und z. B. bei ihm kauft. Das Eigentum soll und geht auch über, selbst wenn der Empfänger das Preisverzeichnis oder den künstlerisch ausgestatteten Buchkatalog sogleich in denPapierkorb befördert.[3] Die Ansicht, daß in der Zusendung besonders künstlerisch ausgestatteter Reklame eine Schenkung zu erblicken ist,[4] mit der Begründung, daß „durch die künstlerische Ausstattung die Reklamenatur der Sendung mehr und mehr von der causa donandi in den Hintergrund gedrängt wird, ohne die Reklamenatur jedoch ganz abzustreifen", halte ich für verfehlt, vielmehr soll meines Erachtens die künstlerische Ausstattung den Zweck als Reklame erst recht hervorheben und ihre Wirkung fördern, nicht aber soll sie dadurch zum Geschenkobjekt werden. Ist etwa wegen des höheren Wertes solcher Reklame ein unbedingter Eigentumsübergang nicht erwünscht, so muß eben bei der Lieferung irgendwie darauf hingewiesen werden, daß das Reklameobjekt nur leihweise geliefert wird, wie es ja auch tatsächlich vielfach geschicht. — Natürlich kann die Reklame auch zum rechtlichen Delikt werden, ebenso wie jede andre Handlung im Leben durch bestimmte Tatbestände zum Delikt werden kann, doch ist dies keineswegs ihre rechtliche Natur, sondern nur eine verbotene Ausführung von ihr. — Die Reklame ist also eine rechtlich nicht bedeutsame neutrale Willensbetätigung und ebenso ist das Zusenden von Reklamesachen bis auf die nebenhergehende Eigentumsübertragung rechtlich ohne Bedeutung, da der Reklamezweck derart überwiegt, daß er allein den Ausschlag für die rechtliche Natur dieser Sendungen gibt.[5]

---

3) Vergl. Franke S. 12.
4) Weist S. 25, 26.
5) vergl. Franke S. 13, ebenso Aßmann und Weist.

§ 3.

Die unbestellte Zusendung ein Vertragsantrag.

Werden dagegen andere als dem wirtschaftlichen Zweck der reinen Reklame dienende Sachen unbestellt verschickt, dann wird die rechtliche Bedeutung derartiger Zusendungen in der Regel eine wesentlich andre sein. Zunächst wird auch hier die Absicht des Versenders dahin gehen, mit dem Empfänger rechtsgeschäftliche Beziehungen anzuknüpfen. Die zugesandte Ware soll aber nicht nur wie bei der reinen Reklamesendung die Grundlage des beabsichtigten Geschäfts kennzeichnen und auf das Vertragsobjekt hinweisen, sondern selbst Gegenstand des angestrebten Vertrages sein. Ihre sofortige Zusendung soll dem Empfänger die Möglichkeit direkter Begutachtung geben und damit jeden Zweifel über das Vertragsobjekt, über den wesentlichsten Bestandteil des erhofften Vertrages ausschließen. Durch Begleitpapiere, vielfach aber auch ohne sie, wird durch die besonderen Umstände der Zusendung der angestrebte Vertrag seiner Art und seinem Inhalt nach grundsätzlich bereits so fest umrissen und unstrittig gekennzeichnet sein, daß irgend welche Unklarheiten über ihn nicht mehr bestehen. Rückfragen und gegenseitige Verhandlungen erübrigen sich. Der Absender will den alsbaldigen Abschluß des Vertrages und hat kurz und klar alles seinerseits dazu Erforderliche getan. Hat er z. B. ein Lotterielos oder einen neu patentierten Rasierklingenschleifapparat geschickt, dann sagt er dem Empfänger eben unzweideutig: Willst du diese Sache zum allgemein bekannten und feststehenden oder aber zum aufgedruckten oder angemerkten oder zumindest bestimmbaren Preise kaufen? Er hat mit der Zusendung unbestellter Ware dem Empfänger ein klares und festes Angebot gemacht, er hat ihm in nicht mißzuverstehender Weise die Hand zum Vertrage entgegengestreckt, in die jener nur einzuschlagen braucht, um den Vertrag ins Leben zu rufen. Besondere Wünsche des Empfängers insbesondere auf Abänderung des angebotenen Vertrages haben hier keinen Raum. Sie kommen einer Ablehnung gleich und sind ihrerseits als ein neues Angebot an den Gegenkontrahenten zu werten. Die Zusendung unbestellter Ware ist hier also regelmäßig, nicht wie die Reklamesendung eine bloße unverbindliche Einladung zur Vertragsanbahnung, sondern ein positiver fester und verbindlicher Ver-

tragsantrag, der eben wie jeder Antrag nur durch eine klare Einverständniserklärung durch ein kurzes „Ja" und nur als Ganzes angenommen werden kann.

Dieser Antrag ist aber doch kein gewöhnlicher und er ist es nicht allein, der in der Zusendung unbestellterWare liegt. Er enthält nämlich noch und in sofern etwas besonderes, als die Ware, die Gegenstand des beabsichtigten Kausalgeschäfts sein soll, gleich mitgeschickt wird; mitgeschickt nicht nur aus den obigen Gründen, sondern auch um die Erfüllung jenes angestrebten Vertrages einzuleiten. Während doch regelmäßig im Leben die Erfüllung der aus einem Vertrage sich ergebenden Verpflichtungen der Willenseinigung, dem Vertragsabschluß folgen wird, entledigt sich hier der Absender der ihm obliegenden Pflichten bereits gleichzeitig und zusammen mit dem Vertragsantrag, so weit dies wenigstens im Rahmen der jeweiligen Vertragsart überhaupt und sogleich möglich ist. Verbindet z. B. der Absender mit der Zusendung eines Gegenstandes die Absicht diesen zu verkaufen und dies wird für die weitaus meisten Fälle unbestellter Zusendung zutreffen, dann enthält der Antrag, der in der Form der Zusendung unbestellter Ware gestellt wird, bereits eine Erfüllung im Fall seiner Annahme. Die Traditionshandlung, welche aus dem perfekt gewordenen Kaufvertrag von dem Verkäufer zur Eigentumsverschaffung vollzogen werden muß, ist hier vorweggenommen. Die Zusendung hat zugleich mit dem Antrag den Charakter einer aufschiebend, und zwar potestativ bedingten — d. h. vom Willen des Empfängers abhängigen — Eigentumsübertragung. Mit der Willenseinigung, die mit der Annahme des Kaufvertrages von Seiten des Adressaten gegeben ist, ist der Verkäufer seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag bereits enthoben.[1]

Aber nicht immer ist mit der Acceptation der Vertragsofferte auch die Erfüllung des Vertrages auf Seiten des Absenders verbunden, sondern nur da, wo zur Erfüllung des Vertrages die Eigentumsverschaffung nötig ist, wie eben beim Kauf. Anders liegt der Fall schon, wenn es sich um einen Mietvertrag handelt, dann wird mit der Zusendung die Erfüllung lediglich eingeleitet. Der Absender hat hier seine Verpflichtungen erst nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Mietdauer erfüllt. Werden aber z. B. unaufgefordert Dienstbücher und Zeugnisse zugesandt, dann liegt in der Zusendung überhaupt

1) vergl. Fränkel S. 11 ebenso Aßmann S. 46

nur der Antrag zu einem Dienstvertrag, wenn man nicht gar darin nur eine Aufforderung zu einer Offerte sehen will.

§ 4.

Die Auslegung der in der unbestellten Zusendung liegenden Willenserklärung in Uebereinstimmung mit den Erfordernissen eines Vertragsantrages.

Damit die Zusendung unbestellter Sachen eine Vertragsofferte darstellt, ist es notwendig, daß die Zusendung in sich eine Antragserklärung enthält, daß der Antragsteller durch die Zusendung eine bestimmte dahingehende Willenserklärung abgibt, sei es ausdrücklich zum Beispiel durch Beifügen eines Begleitschreibens, einer Faktura, sei es stillschweigend, indem er nur die Sachen übersendet. Immer aber muß der Wille durch die Zusendung einen bestimmten Zweck, eine rechtliche Folge erreichen zu wollen vorhanden und in der Außenwelt erkenntlich in die Erscheinung getreten sein. Ein rein innerlich gebliebener Wille kann aus Zweckmäßigkeitsgründen von der Rechtsordnung nicht erfaßt werden, ihm fehlt die Beweiskraft, er ist bedeutungslos. Willenserklärung im Sinne des Gesetzes ist „die rechtlich anerkannte, soziale Form der Selbstbestimmung im Privatrechtsverkehr".[1] Sie ist gerichtet auf Hervorbringung eines bestimmten rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er von dem Erklärenden gewollt ist. Die Willenserklärung ist mit anderen Worten die bewußte Bekundung eines rechtsgeschäftlichen Willens der Außenwelt gegenüber. Wie diese Bekundung geschieht, ist gleichgültig, die Form und Art kann verschieden sein. Es genügt ein Verhalten, welches den Schluß auf einen entsprechenden Willen zuläßt. Ob ein solcher Schluß im einzelnen Fall gerechtfertigt ist, entscheidet nicht der Einzelne, etwa der Handelnde, selbst, sondern die Allgemeinheit und die Verkehrsauffassung und zwar ohne Rücksicht darauf, ob auch ein entsprechender innerer Wille, wie er nach der Verkehrsauffassung objektiv geäußert ist, bei der betreffenden Person vorhanden ist oder nicht.

Aber nicht jede Willenserklärung, nicht jede bewußte Bekundung eines rechtsgeschäftlichen Willens anerkennt der Gesetzgeber, und so ist auch die Antragserklärung, eine nach

1) Endemann I S. 264.

Zitelmann[2] empfangsbedürftige Willenserklärung, nur rechtlich wirksam, wenn sie allen an eine gültige Offerte gestellten Erfordernissen entspricht, als deren wichtigstes ihre Annahmefähigkeit besonders hervorgehoben sein soll. Ein rechtsgültiger Antrag muß, um annahmefähig zu sein, Angaben über alle wesentlichen Bestandteile des abzuschließenden Vertrages enthalten und zwar „sowohl über diejenigen, die zum Wesen des abzuschließenden Vertrages nach dem Gesetz gehören, als auch über diejenigen, über welche nach dem Willen des Absenders Vereinbarungen getroffen werden sollen".[3] Der Antrag muß also so beschaffen sein, daß er lediglich durch eine im Ermessen des Empfängers liegende Handlung, durch ein einfaches „Ja" oder durch Entscheidung für eine von mehreren angetragenen Möglichkeiten angenommen werden kann. Dazu gehört auch, daß der Antrag in bindender Absicht gestellt ist, in der Absicht nämlich, das Zustandekommen des Vertrages lediglich dem Antragsempfänger zu überlassen. Sind die Voraussetzungen, die an eine rechtsgültige Offerte gestellt werden müssen bei der unbestellten Zusendung restlos erfüllt, dann stellt auch sie stets einen verbindlichen Vertragsantrag dar. Fehlt auch nur eine der Voraussetzungen, ist vor allem etwa die bindende Absicht durch Beifügung der Worte „unverbindlich", „ohne Obligo" oder ähnlich ausdrücklich ausgeschlossen, dann liegt in der unbestellten Zusendung immer wieder nur eine rechtlich bedeutungslose Einladung zur Stellung von Vertragsanträgen.

§ 5.

Das Auslegungsmaterial und die gesetzlichen Auslegungsgrundsätze.

Die Prüfung und Klärung der Frage, ob die unbestellte Zusendung den Charakter eines verbindlichen Vertragsantrages hat oder nicht und die gleichzeitig damit verbundene Feststellung, welcher Art der eventuelle Vertragsantrag ist, zu was für einem Vertrage der juristischen Begriffsbestimmung nach dieser Antrag führen soll, dürfte naturgemäß nicht immer ganz einfach sein. Es sollen deshalb, soweit dies zusammenfassend möglich ist, die Mittel und Richtlinien erörtert werden, die uns das Gesetz an die Hand gibt, um die Fälle der unbestellten

2) Zitelmann, Rechtsgeschäfte i. Entw. S. 23 f.
3) Mot. S. 167 ff.

Zusendung nach ihrer jeweiligen Geschäftsart zu erkennen und einzugruppieren.

Sind der Zusendung Begleitpapiere beigefügt, in denen der Absender seinen unzweifelhaften Willen über den Zweck der Zusendung dartut, so ist diese ausdrückliche Willenserklärung für den Empfänger maßgebend. Bei Zweifeln über die Bedeutung der in den Begleitpapieren gebrauchten Ausdrücke ist zu ihrer Klarstellung der allgemeine Rechtsgrundsatz, die Auslegungsvorschrift des § 133 BGB. in Anwendung zu bringen, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist. Der Gesetzgeber ist hier von der Erwägung ausgegangen, daß sich die Menschen im Geschäftsverkehr untereinander oft ungenau und undeutlich ausdrücken, so daß der Sinn des von ihnen Gesagten oft unverständlich ist. Mitunter werden unwissentlich falsche juristische Bezeichnungen gebraucht und auf diese Weise aber auch sonst kommt es vor, daß jemand etwas ganz was anderes sagt, als was er will, als was er sagen will. Hier sollen im Wege der Auslegung die Unklarheiten beseitigt werden. Die Willenserklärung soll so ausgelegt werden, wie der Erklärende sie hat zum Ausdruck bringen wollen, wie er sie bei gewandtem Sprachgebrauch auch zum Ausdruck gebraucht hätte. Dem Erklärenden soll trotz seiner unklaren oder gar falsch erklärten Willenserklärung sein Recht werden und der angestrebte rechtliche und wirtschaftliche Erfolg soll nicht dadurch leiden, nicht deshalb zunichte werden, weil der Erklärende sprachungewandt ist. Es soll nicht strikt gelten, was er erklärt hat, es soll nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks festgehalten werden, es soll gelten, was er wirklich gewollt hat. Der wirkliche Wille soll erforscht werden. Dabei ist zu beachten, daß der „wirkliche Wille" nicht identisch ist mit dem inneren Willen, mit dem nur innerlich gebliebenen Willen. Der nicht geäußerte Wille wird, wie schon gesagt, von der Rechtsordnung nicht anerkannt, er kann also auch nicht für die Erforschung des wirklichen Willens Verwendung finden. Gegenstand der Auslegung kann vielmehr nur eine Willens e r k l ä r u n g sein und als Auslegungsmaterial kann nur benutzt werden, was und soweit etwas erklärt worden ist, wobei noch einmal hervorgehoben werden soll, daß jedes bestimmte Verhalten eine Er-

klärung im Rechtssinne, eine Willenserklärung sein kann. Wenn es sich wie hier bei den unbestellten Zusendungen um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, dann kann Auslegungsmaterial nur das sein, was dem Erklärungsgegner zugeht, was für ihn im Zusammenhang mit der zum Ausdruck gebrachten Willenserklärung wahrnehmbar ist. Der „wirkliche Wille" muß also jedenfalls irgendwie zum Ausdruck gekommen sein, er muß sich zumindest aus dem meist erkennbaren beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolge oder aus irgendwelchen Begleitumständen oder aus dem besonderen Verhalten des Erklärenden herleiten lassen. Ist dies der Fall, dann kann ihm auch der rechtliche Erfolg nicht versagt bleiben und es ist die in der unbestellten Zusendung bekundete Willenserklärung den entsprechenden juristischen Begriffen unterzuordnen und nach ihnen zu urteilen.

Mit der Erörterung dieser überaus bedeutsamen und weitgehenden Funktion der Auslegung einer Willenserklärung ist nun aber auch bereits die Anknüpfung und Lösung für die Beurteilung aller der Fälle der unbestellten Zusendung gegeben, bei denen aus den Begleitpapieren nichts zu ersehen ist oder wo solche gänzlich fehlen, wo also die unbestellte Ware ohne eine direkte Erklärung zugesandt wird, wo der Absender nur das nackte Tatsachenmaterial gibt und es dem Empfänger der Sendung überläßt, hieraus die richtigen Schlüsse zu ziehen. Es ist bereits dargetan, daß jedes bestimmte Verhalten einer Person eine Willenserklärung sein kann und daß die Zusendung unbestellterWare nach der Verkehrsauffassung, nach Treu und Glauben als solche angesehen werden muß. Es ist also auch hier wieder, genau ebenso wie oben, lediglich Sache der Auslegung, den Sinn jener hier nur nicht in Worte gekleideten und deshalb nicht immer sogleich verständlichen Willenserklärung zu ergründen. Alle Momente in dem Verhalten des Absenders sind zu ihrer Deutung, zur Erforschung des wirklichen Wilelns heranzuziehen. Ist jedoch auf einen besonderen ausdrücklichen Willen nicht zu schließen, dann ist das gesamte Material so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es ist festzustellen, wie die Handlungsweise des Absenders nach der Verkehrsanschauung bei objektiver Betrachtung aufzufassen und zu verstehen ist. Dieser weitere Auslegungsgrundsatz findet seine gesetzliche Stütze im § 157 BGB. Wenn auch der

Wortlaut des Gesetzes nur von der Auslegung von Verträgen spricht, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die Auslegungsregel des § 157 BGB. auch auf einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen anzuwenden ist. Denn wie beim Vertrage die Vertragsschließenden glauben und darauf vertrauen, daß jeder der Kontrahenten seine Vertragspflichten dem gegenseitigen ausdrücklich vereinbarten Willen entsprechend, im übrigen aber so erfüllen werde, wie es verkehrsüblich und, soweit eine allgemeine langdauernde und gleichförmige Verkehrsübung nicht besteht, wie es bei einem Verkehr unter billig und gerecht Denkenden als korrekt empfunden wird, so erweckt auch bereits beim Vertragsantrage der Erklärende bei Dritten ein Vertrauen, einen Glauben, demgegenüber er Treuepflicht hat. An seinen Antrag werden die gleichen Erwartungen geknüpft, wie an einen Vertrag und zwar nicht erst bei seiner Annahme, sondern bereits vorher, bereits bei der Stellung des Antrages, sonst würde eben der Anerklärte das Angebot garnicht erst annehmen. Mit der Annahme aber wird der Inhalt des Antrages zum Inhalt des Vertrages. Es können demnach keine Bedenken bestehen, für die Feststellung des Inhaltes einer empfangsbedürftigen Willenserklärung jenen objektiven Maßstab anzulegen, wie er sich im Verkehr billig und gerecht denkender Menschen bildet. Der Inhalt unklarer Willenserklärungen ist so festzustellen, und lückenhafte Willenserklärungen sind so zu ergänzen, wie es bei objektiver Betrachtungsweise nach Treu und Glauben richtig erscheint. Wenn dabei außerdem auf die Verkehrssitte Rücksicht genommen werden soll, so soll damit nicht gesagt sein, daß die Verkehrssitte etwas anderes als Treu und Glauben und einen weiteren Maßstab neben Treu und Glauben darstellt. Der Gesetzgeber will nur besonders darauf aufmerksam machen, daß die Geschäftswelt gleichartige Geschäfte vielfach in stets gleicher Weise abzuwickeln pflegt, daß sich also im Laufe der Zeit für derartige Geschäfte eine bestimmte Verkehrssitte gebildet hat, auf die dann künftig die Menschen bei Abwicklung ihrer Geschäfte stillschweigend Bezug nehmen. Sie wollen ihre Rechtsgeschäfte so geregelt wissen, wie es verkehrsüblich ist und unterlassen es infolgedessen, diejenigen Bestandteile, denen die Verkehrssitte bereits eine bestimmte Regelung gegeben hat, noch besonders und ausdrücklich zu ordnen. Trotzdem sollen sie natür-

lich Bestandteil der Willenserklärung, des Antrages und späteren Vertrages sein und sind als solche zu berücksichtigen. Der Hinweis auf die Verkehrssitte, die ja regelmäßig nur etwas enthalten wird, was Treu und Glauben vorschreiben, dient also lediglich der Erleichterung der Auslegung nach Treu und Glauben. Wir kommen also zu dem Resultat, daß, wenn eine Willenserklärung der Auslegung bedarf, zunächst zu forschen ist, ob der Erklärende einen „wirklichen Willen" ausdrücklich oder durch sein sonstiges Verhalten kundgegeben hat, und daß erst dann, wenn ein solcher wirklicher Wille aus dem zulässigen Auslegungsmaterial sich nicht ergibt, die Willenserklärung auszulegen ist, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[1]

§ 6.

Das Verhalten des Empfängers und die Annahme des Antrags.

Will nun der Adressat einer unbestellten Zusendung auf die festgestellte Intention des Absenders eingehen, will er das ihm gemachte Angebot annehmen, dann wird er die Sendung dem Ueberbringer abnehmen und wenn sie sich bereits in seiner Wohnung, in seinem Machtbereich befindet, wenn sie bereits ohne sein Wissen und seinen Willen bei ihm abgeliefert wurde, dann wird er sie behalten. Den Willen und Entschluß seiner Antragsannahme, durch den der nun beiderseits gewünschte Vertrag zur Entstehung gelangt, muß er naturgemäß regelmäßig dem Absender kundtun. Denn die Annahme ist ebenso wie der Antrag eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und wird erst wirksam, wenn sie dem Vertragsgegner zugeht. Dazu ist aber nicht unbedingt die ausdrückliche Benachrichtigung des Absenders erforderlich. § 151 BGB. Der Vertrag kommt auch zustande, wenn die Annahme stillschweigend durch Handlungen geschieht, die einen sicheren Schluß auf den Annahmewillen des Adressaten zulassen. In der bloßen Abnahme der Sachen ist aber, selbst bei der Erkenntnis ihrer Unbestelltheit, regelmäßig noch keine stillschweigende Annahme zu erblicken. Denn man kann von dem Adressaten nicht verlangen, daß er, wie Franke sagt, die Katze im Sack kauft, man muß ihm vielmehr das Recht zusprechen, die Sendung zu besichtigen und zu prüfen. Dies anerkennt und will ja aber auch gerade der Absender, er will ihm durch

1) ebenso Weist S. 23.

die gleichzeitig mit dem Antrag verbundene Zusendung eine besonders bequeme Besichtigungsmöglichkeit schaffen, von deren Resultat erst der Empfänger seinen weiteren Entschluß abhängig machen soll. Daraus folgt, daß das Oeffnen von Kisten und Paketen ebensowenig eine Annahme bedeutet, wie das Herausnehmen der Sachen aus Verpackungen, selbst ein in Gebrauch nehmen zum Zwecke der Prüfung kann noch nicht als Annahmehandlung bezeichnet werden. Hier eine genaue Grenze zu ziehen, wird nicht immer leicht sein. Sicher aber ist, daß in Handlungen, die über eine eingehende Prüfung hinausgehen, eine Annahme zu erblicken ist. Wenn z. B. der Empfänger eine Sache, wie eine ihm gehörige in Gebrauch nimmt oder sie veräußert, verbraucht, verarbeitet oder verzehrt, dann ist damit regelmäßig auch der Vertrag entstanden. Eine derartige Verfügung läßt normalerweise keinen anderen Schluß zu, als daß der Verfügende Eigentümer werden will, da er sich wie ein solcher benimmt.[1] Auch in einer nur teilweisen Verfügung über die Ware wird schon eine Annahme des Antrags gefunden.[2] Indessen wird ein Vertragsabschluß ausgeschlossen sein, wenn der Verbrauch der Sache durch einen Zufall oder Irrtum entstanden ist, wenn etwa die unbestellte Ware mit einer ähnlichen verwechselt wurde.[3] Die Annahme eines Antrages muß natürlich auch rechtzeitig erfolgen (§§ 145 ff.), d. h. soweit vom Absender nichts anderes bestimmt ist, innerhalb einer angemessenen Frist, denn nur solange ist jener an seinen Antrag gebunden. Nach dem Ablauf der Frist erlischt sein Antrag.

Bei irrtümlichen Zusendungen, bei den Sendungen, die infolge eines beachtlichen Irrtums an den Empfänger gelangt sind, die also unbestellte Zusendung sind und nach Treu und Glauben nur als Offerte betrachtet werden können, hat der Absender, wenn er einen Vertrag mit dem Empfänger nicht will, die Möglichkeit der Anfechtung gemäß § 119 BGB., da hier seine objektive Erklärung und sein erklärter Wille voneinander abweichen. Uebt er dieses Recht aus, so ist er allerdings nach § 122 BGB. zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraute.

---

1) vergl. Franke S. 23.
2) Goldschmidt Bd. 12 S. 244.
3) Endemann Handb. Bd. 2 S. 573.

Besondere Schwierigkeiten dürften im übrigen alle die Fälle, in denen der Empfänger der unbestellten Zusendung zur Annahme der Vertragsofferte bereit ist, nicht bieten. Mit der Annahme des Kausalantrages entstehen, wie auch sonst, auf beiden Seiten diejenigen Rechte und Pflichten, die der jeweils zugrunde liegende obligatorische Vertrag den beiden Parteien auferlegt.

§ 7.

Die rechtliche Stellung des Empfängers bei Ablehnung des Antrags.

a) Keine Abnahmepflicht des Empfängers.

Von besonderem Interesse aber ist die Prüfung der Rechtslage in all den Fällen, in denen der Adressat der unbestellten Zusendung nicht geneigt ist, sich in rechtsgeschäftliche Beziehungen mit dem Absender einzulassen und den Vertragsantrag des Absenders ablehnt. Solange die nicht bestellte Sendung sich noch in den Händen des Ueberbringers befindet, dann kann und wird der Adressat ihre Empfangnahme verweigern, er wird die Sendung garnicht erst abnehmen. Denn eine Abnahmepflicht besteht für ihn nicht. Die unbestellte Zusendung, diese rein einseitige Willensbetätigung des Absenders kann niemanden zu einer Handlung verpflichten. Wenn der Absender versucht, willkürlich in die Rechtssphäre des Adressaten einzugreifen, dann ist dieser unzweifelhaft berechtigt, einen solchen Angriff abzuwehren und er bewirkt dies am leichtesten dadurch, daß er die Empfangnahme verweigert. Es würde geradezu als eine Vergewaltigung erscheinen, wollte man dem Adressaten die Verpflichtung auferlegen, Waren in Empfang zu nehmen, deren Zusendung er in keiner Weise veranlaßt und für die er kein Interesse hat. Das bürgerliche Recht kennt eine Abnahmepflicht grundsätzlich nur unter der Voraussetzung eines bestehenden, gültigen Vertrages. (§§ 433, 640 BGB.) Ein solcher soll ja aber hier erst ins Leben gerufen werden. Eine engbegrenzte Abweichung von diesem Grundsatz wird man allenfalls im Handelsrecht gestützt auf § 362 HGB. anerkennen können, wenn Absender und Empfänger auf der Basis unbestellter Zusendungen in laufender Geschäftsverbindung stehen.

b) Keine Fürsorgepflicht des „überrumpelten" Empfängers.

Nun wird es aber im praktischen Leben sehr häufig vorkommen, daß die unbestellte Sendung kurzer Hand beim Empfänger abgegeben worden ist, sei es, daß sie der Ueberbringer in den Briefkasten geworfen hat, sei es, daß er sie dem Adressaten, dessen Ehefrau, sonstigen Vertretern oder dem Hauspersonal übergeben hat, ohne daß von ihnen die Unbestelltheit der Ware erkannt worden ist. Auf diese Weise ist die Ware in den Machtbereich des Empfängers ohne dessen Willen gelangt. Der Absender hat ihn damit einfach überrumpelt, er hat ihm die Ware aufgedrängt, ohne jedoch sein Eigentum daran aufzugeben. So wollte er es haben, denn erst, wenn er die Ware beim Empfänger weiß, erwächst ihm nämlich die größere Wahrscheinlichkeit, daß dieser seinen Antrag überhaupt in Erwägung zieht.

Häufig aber wird es dann auch vorkommen, daß der Empfänger sein fehlendes Interesse an der Sendung und damit den Willen, den Vertragsantrag abzulehnen, dadurch bekundet, daß er sich um die ihm unbestellt ins Haus geschickten Waren überhaupt nicht kümmert und sie unbeachtet in seiner Wohnung oder auf seinem Grundstück liegen läßt. Hier entsteht nun die Frage, ob der Empfänger zu solchem Verhalten berechtigt ist oder ob ihm dadurch, daß nicht bestellte Sachen ohne seinen Willen in seinen Gewahrsam gelangen, irgend welche Rechte und Pflichten erwachsen. Für die Beurteilung dieser Frage ist auch hier wieder von dem das Bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz auszugehen, daß man einen andern durch sein einseitiges Vorgehen nicht zu einer Tätigkeit zwingen, ihm keine Verpflichtungen aufbürden kann. Dazu bedarf es immer des Bestehens eines Schuldverhältnisses, mag dieses geartet sein, wie es will. Die Sachen sind jedoch ohne Zutun des Adressaten zu ihm gelangt, infolgedessen ist er auch nicht verpflichtet, für sie zu sorgen. Der ungerufene Absender handelt vollständig auf eigene Gefahr und eigene Kosten. Der Empfänger erlangt zwar die Befugnis, festzustellen, was es für eine Bewandtnis mit der Sendung hat, er darf auch, wie schon gesagt, die Ware prüfen, um zu dem in der Zusendung liegenden Antrag Stellung nehmen zu können. Dagegen ist er zu nichts verpflichtet, er braucht

keinerlei Rücksicht auf den Absender zu nehmen. Er kann die Ware liegen lassen und es kann ihm gleichgültig sein, was aus ihr wird, gleichgültig, ob sie verdirbt oder abhanden kommt. Er ist insbesondere nicht verpflichtet, dem Absender irgend welche Nachricht zu geben, noch die Ware zurückzusenden, selbst nicht, wenn der Absender vorgeschrieben hatte, daß er das Stillschweigen als Annahme des Antrags betrachten werde und die Rücksendungskosten in Gestalt von Briefmarken beigelegt hatte.

Er braucht die Ware weder sorgsam aufzubewahren, noch in irgend einer Form für ihre Erhaltung Fürsorge zu treffen. Der Absender mag sich selbst um seine Waren kümmern, wenn ihm noch irgend etwas an ihnen liegt. Es entstehen eben weder durch die bloße Tatsache, daß die Sache in den Gewahrsam des Adressaten gelangt, noch dadurch, daß dieser sie untersucht, um ihren Zweck und Inhalt festzustellen, irgend welche den Empfänger verpflichtende schuldrechtliche Beziehungen zwischen Absender und Empfänger, insbesondere kann auch von dem Zustandekommen eines Verwahrungsvertrages keine Rede sein. Im Gegenteil darf der Empfänger den Absender für jeden ihm aus der Zusendung entstehenden Schaden zur Verantwortung ziehen. Die hier anstoßende Frage, ob nicht der Empfänger der Sendung Besitzer der Sachen geworden ist, und die sich aus dem evtl. Besitzverhältnis ergebende Haftung wird in § 9 dieser Arbeit ganz besonders behandelt werden.

c) Aufbewahrungs- und Fürsorgepflicht des „freiwilligen" Empfängers.

Wesentlich anders aber ist die Rechtslage und der Absender erheblich besser gestellt, wenn der Empfänger oder ein Bevollmächtigter von ihm die Sendung abgenommen hat, obwohl er die Unbestelltheit der Sendung erkannte und wußte, daß er zu ihrer Abnahme nicht verpflichtet war. In diesem Falle wird nämlich der Empfänger von einer gewissen Fürsorgepflicht nicht zu entbinden sein. Denn hier liegt die Annahme am nächsten, daß der Empfänger die Sendung bei sich in der Absicht aufnahm, das Angebot des Absenders wenigstens in Erwägung zu ziehen und lag auch ursprünglich eine gewisse Eigenmacht des Absenders vor, so verzieh sie der freiwillige Empfänger gleichsam durch sein Verhalten. Er erklärte

sich mit der Zusendung einverstanden. Wenn daraus auch noch nicht sein Einverständnis zu dem angestrebten Vertragsabschluß hergeleitet werden kann, so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß er dadurch die Pflicht übernommen hat, irgendwie dafür zu sorgen, daß der Absender, falls es eben zum Vertragsschluß nicht kommt, die Ware wiederbekommen kann. Denn es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man eine fremde Sache freiwillig bei sich aufnehmen würde, um sie auf ihre Eignung als Vertragsobjekt zu prüfen, sich aber bei negativem Ergebnis nicht mehr um sie kümmern, sie verkommen lassen würde. Ueber den Umfang der Fürsorgepflicht herrscht jedoch ein lebhafter Streit, da starke Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, in welchem rechtlichen Verhältnis die Parteien bei der bekannten Sachlage zueinander stehen. Da in der Hauptsache die Ansicht vertreten ist, daß die übereinstimmend anerkannte Fürsorgepflicht sich als eine obligatorische Verpflichtung darstellen müsse, wird in verschiedener Weise versucht, aus der freiwilligen Abnahme der unbestellten Zusendung das Zustandekommen irgend eines Vertrages zu folgern. So ist behauptet worden[1], in der unbestellten Zusendung liege neben der eigentlichen z. B. Verkaufsofferte auch noch der Antrag den zugeschickten Gegenstand, falls er nicht gekauft wird, bis zur Abholung aufzubewahren, und in der Empfangnahme liege zwar noch nicht die Annahme der Kaufofferte, wohl aber die Annahme des Verwahrungsantrages. Diese Ansicht ist aber schon deshalb abzulehnen, weil ein Verwahrungsvertrag im Sinne des BGB. nach der herrschenden Meinung[2] nur dann vorliegt, wenn, wie auch Motive[3] zum BGB. ausführen, „die Aufbewahrung einer hinterlegten Sache ausschließlich oder doch hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet". Die Aufbewahrung muß also Selbst- oder wenigstens Hauptzweck sein. Hier aber ist der Hauptzweck der Zusendung nicht die Aufbewahrung, sondern der Verkauf der Ware.[4] Abzulehnen ist auch die Annahme des Abschlusses eines Kaufes auf Probe (§§ 495ff. BGB.). Kauf auf Probe setzt voraus, daß die Parteien sich über die wesentlichen Kaufbedingungen, insbesondere die gekaufte Sache, bereits geeinigt haben und das endgültige Zustandekommen des Vertrages nur noch von der Billigung des

1) Beer Juristenzeitung 1901 Nr. 19.
2) vergl. Plank § 688 Anm. 3a.
3) Motive II S. 570.
4) ebenso Aßmann S. 126 und Friedheim S. 96.

gekauften Gegenstandes durch den Käufer abhängt. Beim Kauf auf Probe erfolgt die Uebergabe der Sache als Vollziehung eines bestehenden bereits vorher abgeschlossenen Probekaufvertrages, während doch das Wesen der unbestellten Zusendung gerade darin liegt, daß der Uebergabe keinerlei Abmachungen vorangegangen sind. Im übrigen kann selbst bei Unterstellung eines in der Zusendung liegenden Probekaufangebotes die bloße freiwillige Empfangnahme der Ware auch nicht folgerichtig als stillschweigende Annahme des Antrags gewertet werden.

Aßmann[5] und sich ihm anschließend auch Lange[6] sehen in der freiwilligen Empfangnahme der unbestellten Zusendung das Zustandekommen eines besonderen sogenannten Besichtigungsvertrages. Sie gehen von dem im BGB. herrschenden Standpunkt der Vertragsfreiheit aus; danach können die Vertragsparteien ihre Rechtsverhältnisse nach freiem Belieben bestimmen, ohne dabei an den Rahmen der im Gesetz ausdrücklich geregelten Verträge gebunden zu sein. Die Parteien können also Verträge jeglichen Inhalts, soweit sie erlaubt[7] und möglich[8] sind, abschließen. Und so sagt Aßmann[9], daß der Absender „seine Ware zunächst zur Besichtigung" anbiete. „Hierin liegt genau gesehen ein Antrag zum Abschluß eines Besichtigungsvertrages. Der Adresat nimmt diesen Antrag an und zwar im Wege der stillen Annahme, indem er sich zu gleichem Zwecke mit der Ware befaßt." Lange[10] setzt dem noch hinzu, daß „die Willenserklärung des Empfängers, die sich aus seiner Willensbetätigung ergibt, nur in diesem Sinne ausgelegt werden kann." Auch diese Auffassung kann jedoch m. E. ebenfalls nicht restlos befriedigen, weil sie allzu willkürlich und gezwungen erscheint. Ist es doch durchaus denkbar, daß der Adressat die nicht bestellte Sendung auch bei Ablehnung des angestrebten Vertrages aus reiner Gefälligkeit vorläufig abnimmt, möglicherweise um die Ware vor irgend welchen Schäden zu bewahren, vielleicht auch, um dem Absender die Kosten des Rücktransports zu ersparen. Hier, aber auch nur in diesem Falle, liegt dann übrigens eine, im Rahmen der unbestellten Zusendung vielumstrittene, Geschäftsführung

5) Aßmann S. 124 ff.
6) Lange § 9 und § 12.
7) und 8) §§ 134 und 138 B.G.B.
9) Aßmann S. 125.
10) Lange S. 53.

ohne Auftrag vor. Nimmt nämlich der Adressat die Ware ab in dem festen Vorsatz, sie nicht zu behalten, so ist es klar, daß er eine Tätigkeit ausübt, die den Zweck hat, die Interessen des Absenders zu wahren. Die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien sind in diesem Falle nach den Regeln der auftragslosen Geschäftsführung[11] zu beurteilen.

Aber ganz allgemein in dem Verhalten des Empfängers eine auftragslose fremde Geschäftsführung zu erblicken, wäre ebenso verfehlt, wie die künstliche Konstruktion eines Verwahrungs-, Besichtigungs- oder sonst eines Vertrages. Natürlich kann und wird der Absender seine Ware auch zur Besichtigung anbieten, ebenso wie er seinem Begehren entsprechend dem Empfänger antragen wird, die Ware zu prüfen, zu kaufen, aufzubewahren, zurückzusenden und anderes mehr. Es dürfte auch nicht zu bezweifeln sein, daß in der Empfangnahme der Ware eine Zusage auf irgend eines der verschiedenen Begehren des Absenders zu erblicken ist. Jedoch ist aus der Empfangnahme nicht ersichtlich, welches an ihn gestellte Begehren anzunehmen der Empfänger den Willen gehabt hat. Von einem Vertragsabschlusse, von einer „Einigung" der Parteien, einer „Uebereinstimmung" zweier auf einen „bestimmten" rechtlichen Erfolg gerichteter Privatwillenserklärungen dürfte daher wegen Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit keine Rede sein.[12]

Wenn demnach durch die bloße freiwillige Empfangnahme der Ware ein Vertragsverhältnis zwischen Absender und Empfänger nicht entsteht, andererseits aber doch zugegeben werden muß, daß immerhin gewisse rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien durch die Abnahme der Sendung begründet werden, wie z. B. die Berechtigung des Empfängers zum Besitz und zur Prüfung der Ware[13] während der Dauer der Antragsgebundenheit des Absenders, so ist für die Lösung der also noch offenen Frage des Rechtsverhältnisses und der des Umfanges der Fürsorgepflicht nunmehr von der rechtlichen und tatsächlichen Beziehung der Parteien zur Ware auszugehen. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Empfänger der unbestellten Zusendung, der die Ware mit Wissen und Willen in Empfang genommen hat und bei sich,

11) §§ 677 ff. B.G.B.
12) vergl. Friedheim S. 97, 98; Fränkel S. 39, 40.
13) Die naturgemäß nur mit einer gleichzeitigen Inaugenscheinnahme (Besichtigung) möglich ist.

in seiner Wohnung, in seinem Machtbereich aufgenommen hat, den tatsächlichen Besitz an der Ware erwerben wollte und auch erworben hat. Da aber auch der Absender durch die Zusendung seinen unzweifelhaften Willen dahin kundgetan hat, daß der Adressat die Ware an sich nehmen dürfe, so ist der Empfänger überdies auch berechtigter Besitzer geworden. Der Empfänger leitet sein Recht zum Besitz von dem Absender, dem Eigentümer der Ware her. Er besitzt für den Eigentümer und ist demnach unmittelbarer Fremdbesitzer gegenüber dem mittelbaren Eigenbesitzer. Jedoch ist es der unzweideutige Wille der Parteien, daß der Empfänger, wenn ein Kaufvertrag nicht zustande kommt, nur vorübergehend, nur während der Antragsgebundenheit des Absenders den Besitz behalten soll. Der Empfänger steht mithin zu dem Absender in einem in § 868 BGB. vorgesehenen „vertragsähnlichen" Verhältnisse, kraft dessen ihm der allgemeine Besitzschutz bewahrt bleibt.

Es gibt viele Fälle im Rechtsverkehr, in denen jemand zwar die Ausübung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache einem andern direkt und in selbständiger Weise überlassen hat[14], trotzdem aber selbst noch in gewissen Beziehungen zur Sache geblieben ist, sodaß auch für ihn noch ein gewisses Bedürfnis nach Besitzschutz besteht. Bei solchen Verhältnissen nimmt das BGB. eine Zweiteilung des Besitzes in der Weise an, daß jener, der die tatsächliche Gewalt über die Sache unmittelbar ausübt (z. B. der Mieter) als „unmittelbarer Besitzer" gilt, wer dagegen den Besitz in solcher Weise überlassen hat (z. B. der Vermieter) wenigstens „mittelbarer Bsitzer" bleibt.

Das gemeinsame Merkmal aller derartiger Fälle liegt aber nicht in der bestimmten Willensrichtung des unmittelbaren Besitzers, nur für den andern besitzen zu wollen, sondern es ist die Uebereinstimmung in den zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen zu suchen, wie sie § 868 BGB. schildern will.

Hinsichtlich der Grundverhältnisse führt das Gesetz zunächst als spezielle Fälle an: Den Nießbauch, das Pfandrecht, die Pacht, Miete und Verwahrung, und verweist schließlich auf ähnliche Verhältnisse, vermöge deren jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Das Gemeinsame dieser „ähnlichen Verhältnisse" liegt zunächst in der zeitlichen Beschränkung. Das „ähnliche Ver-

14) im Gegensatz zum bloßen Besitzdiener § 855 BGB.

hältnis" im Sinne des § 868 BGB. muß in der Vorstellung der Parteien als eines Tages zu Ende gehend gedacht sein.

Fraglich erscheint aber und bestritten ist, ob die gemeinsame typische Aehnlichkeit der sämtlichen Anwendungsfälle lediglich in dem Sinne des Relativsatzes des § 868 BGB. zu finden ist, d. h. in der Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze auf Zeit, oder ob ein weiteres gemeinsames Merkmal aufzustellen ist, das aus den vom Gesetz angeführten besonderen Fällen unmittelbar abzuleiten ist.

Letzteres wird das richtige sein. Diese Folge ergibt sich zunächst aus der Wortfassung des Gesetzes, sowohl hier als auch an anderen Stellen, an welchen das Gesetz den mittelbaren Besitz berührt, so z. B. §§ 941, 986, 991 BGB. Dort spricht nämlich das Gesetz allenthalben in dem Sinne, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz ableite von dem mittelbaren Besitzer — also ein engerer Begriff als er in jenem Relativsatz allein betrachtet, enthalten ist.Auch die Entstehungsgeschichte und der Zweck des § 868 BGB. legen klar,[15] daß der Gesetzgeber diese Beschränkung der Fälle des mittelbaren Besitzes offenbar anstrebte.

Die gemeinsame Voraussetzung liegt demnach darin, daß der Besitz von dem mittelbaren Besitzer, also mindestens mit dessen Willen, an den unmittelbaren Besitzer als Besitzmittler gekommen sein muß.[16]

Das Vorliegen jener Voraussetzung dürfte hier regelmäßig nicht zweifelhaft sein. Der Absender ist mittelbarer Besitzer geblieben, ihm steht der allgemeine Besitzschutz zur Seite, der ihm die Abwehr gegen jede unberechtigte fremde Einwirkung auf die Sache gewährt.

Der Empfänger aber ist, solange die Annahmefrist für die Kausalofferte läuft, zum Besitz berechtigt. Nach Ablauf der Frist, wenn diese ungenützt verstrichen ist, ist er jedoch dem Absender auf dessen Verlangen zur Herausgabe der Sache verpflichtet. (§§ 985 ff. BGB.).

Zur Herausgabe aber wird der Empfänger nur dann in der Lage sein, wenn er die Sache aufbewahrt hat. Der Empfänger schuldet also dem Absender eine Aufbewahrung seiner Sachen.

Seine Verantwortung für die Ware, der Umfang seiner Fürsorgepflicht ergibt sich aus § 276 BGB., wonach der Schuld-

15) vergl. Prot. III S. 218 ff.
16) Staudinger III S. 66, 67; Crome III § 345; RG. Bd. 49 S. 170 ff.

ner die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden hat, d. h. er hat für die Ware so zu sorgen und solange zu sorgen, wie es im Hinblick auf die Sachlage nach Treu und Glauben angemessen ist. Zwar bestimmt der § 276 BGB, daß der Schuldner Vorsatz und jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat, jedoch ist es im vorliegenden Falle, wo die Schuld nur in einer nicht vertraglichen Aufbewahrung besteht, angebracht, diese strenge Haftung dadurch zu mildern, daß man den § 690 BGB., der die unentgeltliche Aufbewahrung zum Gegenstand hat, analog anwendet, so daß der Aufbewahrungspflichtige nur die Sorgfalt anzuwenden braucht, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[17] Die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit wird aber durch diese Bestimmung nicht beseitigt (§ 277 BGB).

§ 8.

Die Entledigungsrechte des Empfängers.

Der Empfänger, der bei der Besichtigung und Prüfung der Ware nicht zu einem Vertragsentschluß gekommen ist, hat an sich keine Verpflichtung, dieses verneinende Ergebnis dem andern anzuzeigen. Der Absender hat nicht das Recht, das Schweigen des Empfängers als eine Annahme des Vertragsantrages zu deuten.[1] Es ist vielmehr seine Pflicht, sich, sobald für den Empfänger das Recht zum Besitz erloschen ist, um seine Ware zu kümmern und sie wegzuholen. Andernfalls sich der Empfänger selbst der Ware wieder entledigen kann. Es stehen ihm hierfür die verschiedensten Mittel zu Gebote. So ist er berechtigt, die Ware dem Absender auf dessen Kosten wieder zurückzusenden, wie er auch Ersatz für die durch die Aufbewahrung entstandenen Kosten verlangen kann.[2] Will sich der Empfänger der Mühe der Rücksendung nicht unterziehen, dann kann er den Absender zur Abholung der Ware auffordern. Im Nichtbefolgungsfalle gerät der Absender in Gläubigerverzug[3] und dem Empfänger stehen die sich aus ihm ergebenden Rechte zu, die ihm schließlich sogar die Möglichkeit geben, die Ware nach den Vorschriften der §§ 383 ff. BGB. zu versteigern.

Noch weitergehende, sofortige Entledigungsrechte hat naturgemäß der „überrumpelte" Empfänger. Er hat sich mit der

17) vergl. Aßmann S. 132; Franke S. 41.
1) Aßmann S. 133.
2) Entsch. des ROHG. Bd. XXIV Nr. 12.
3) §§ 295 ff. BGB.

Zusendung nicht einverstanden erklärt und man wird ihm daher in der Regel auch garnicht zumuten können, daß er die nicht erwünschte Ware, die mitunter durch ihre Größe, ihren Geruch und sonstige unangenehme Eigenschaften direkt lästig werden kann, auch nur bei sich duldet. Durch das eigenmächtige Verhalten des Absenders ist er in solchen Fällen widerrechtlich in seinem Besitz gestört und da eine derartige Störung als verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB.) auch vom Gesetzgeber nicht gestattet ist, kann der Empfänger von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen (§ 862 BGB.). Mag auch die Störung vielfach noch so klein sein, so ist sie doch immerhin vorhanden und es dürfte dem Absender als dem Beklagten kaum gelingen, die Berechtigung des Klagebegehrens zu entkräften. Ist der Empfänger überdies auch Eigentümer der Räume oder des Grundstücks, dann kann er auch mit der Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004 BGB.) auf Beseitigung der Beeinträchtigung klagen. Nicht zuletzt kann sich der Empfänger der unbestellten Zusendung der Beeinträchtigung, der verbotenen Eigenmacht von Seiten des Absenders im Wege sofortiger Selbsthilfe erwehren. Um die Sache wegzuschaffen, darf sich der Adressat jedes Mittels bedienen, sofern er sich dabei nur keine unerlaubte Handlung zu Schulden kommen läßt (§ 823 Abs. 1 BGB.). Im allgemeinen Interesse ist ihm aber außer durch § 823 Abs. 1 BGB. auch noch durch das Schikaneverbot des § 226 BGB. eine weitere Beschränkung in der Ausübung des Selbsthilferechts auferlegt, wonach die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen. Grundsätzlich darf also der Empfänger zur Beseitigung der Besitzstörung die Mittel anwenden, die erforderlich und zugleich auch ausreichend zur Beseitigung der Störung sind.

§ 9.

Die Möglichkeiten des Absenders zur Wiedererlangung seines Gutes unter besonderer Berücksichtigung der Besitzverhältnisse bei der unbestellten Zusendung.

Es bleibt nun noch die Frage nach den Möglichkeiten, durch die der Absender den Gegenstand seiner Sendung wieder erlangen kann. Sofern es zu einem Vertrage nicht gekommen ist, hat der Absender unzweifelhaft seinen ursprünglichen Anspruch auf die Ware, der ihm in der Hauptsache, je nach

Sachlage einen Herausgabeanspruch (§ 985 BGB.) oder auch nur ein Abholungsrecht (§ 867 BGB.) gewährt, je nachdem nämlich der Empfänger den Besitz an der Sendung erlangt hat oder nicht. Die entsprechenden Ersatzansprüche und Ansprüche aus unerlaubter Handlung verstehen sich von selbst. Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) ist dann gegeben, wenn der Empfänger Besitzer der Sendung geworden ist und der Besitz einen Vermögenswert darstellt. Daß der Empfänger, der die Sendung in Erkenntnis ihrer Unbestelltheit mit Wissen und Willen in Empfang genommen hat, Besitzer der empfangenen Dinge ist, dürfte außer Frage stehen. Zweifelhaft aber ist der Besitzstand beim „überrumpelten" Empfänger. Hier handelt es sich um das Gebiet der umstittenen Frage, ob zum Besitzerwerb ein auf die Erlangung des Besitzes gerichteter Wille erforderlich ist, oder ob der Besitz auch ohne einen solchen Willen lediglich dadurch erworben wird, daß die Sache rein tatsächlich in den äußeren Machtbereich einer Person gelangt.

Die Fassung des Gesetzes gibt Vielen[1] Grund zu der Ansicht, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den römisch-rechtlichen Grundsatz[2] aufgegeben habe, wonach zum Besitzerwerb neben dem curpus, dem äußeren Besitztatbestand auch der animus, der Besitzwille erforderlich war. „Der Besitz wird durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben" (§ 854 Abs. 1 BGB.) — von einem Besitzwillen sei nicht die Rede und somit stehe eindeutig fest, daß ein solcher nicht erforderlich sei. Falls bei dieser klaren Bestimmung des Gesetzes noch Zweifel bestehen könnten, so schwänden diese vollends bei einem Blick in die Entstehungsgeschichte des Gesetzes.[3]

In der Tat scheint dort eine Bestätigung dieser Ansicht enthalten zu sein. Im ersten Entwurf war zunächst in Anlehnung an das Gemeine Recht eine Bestimmung vorgesehen, wonach als Voraussetzung für den Besitzerwerb einmal die Innehabung, die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache, und weiter der Wille des Inhabers, die Sache zu besitzen (Besitzwille), bezeichnet wurden.[4] Die zweite Kommis-

1) Strohal S. 67; Biermann § 854, Anm. 3; Raape S. 8 f.; Goldmann-Lilienthal II, S. 8; Crome III, S. 28; Traventinos S. 125; Warneyer § 854 Anm. III, 1.

2) apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore. (Paulus in I, 3 § 1 D. de adquis. poss. 41, 2.)

3) So besonders Biermann III, § 854, Bemerkung 3; Raape S. 8.

4) Biermann a.a.O.

sion hat anscheinend in bewußtem Gegensatz hierzu einen ausdrücklichen Antrag abgelehnt, der der jetzigen Fassung des § 854 Abs. 1 BGB. den Zusatz geben wollte, „wenn der Erwerber den Willen hat, die Sache in seiner Hand zu haben."[5] Hierbei ging man von der Erwägung aus, daß die Aufstellung des Willenserfordernisses in allen den Fällen nicht notwendig sei, in denen die Herstellung der tatsächlichen Gewalt ohne einen darauf gerichteten Willen nicht möglich sei, in den Fällen aber, zu Bedenken Anlaß gäbe, in denen ein Erwerbswille nur mit Hilfe willkürlicher Annahmen herbeigeführt werden müsse.[6]

Trotzdem wird auch von denjenigen, die das Erfordernis des Besitzwillens zum Besitzerwerb leugnen, anerkannt, daß trotz der Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches in mancher Hinsicht ein Wille des Erwerbers von Bedeutung sein kann.[7] Einen Anlaß hierzu bietet die Bestimmung des § 867 BGB. Zu welchem Zweck wäre die besondere in diesem Paragraphen vorgesehene „Inbesitznehmung" noch erforderlich, wenn doch mit der Gelangung in den tatsächlichen Verfügungsbereich der Person nach ihrer Ansicht der Besitzerwerb schon vollzogen sein müßte? Dieser Schwierigkeit suchen die genannten Schriftsteller dadurch zu begegnen, daß sie hier das Erfordernis des Willens nicht etwa für den Besitz selbst, sondern für die „tatsächliche Macht, auf welcher der Besitz beruht"[8] anerkennen. Der Wille ist demnach nach ihrer Ansicht lediglich die Voraussetzung der tatsächlichen Gewalt, der aber mit dem Besitzerwerb selbst noch nichts zu tun hat. Hier liegt der grundlegende Fehler der ebenbesprochenen Lehre. Für die Unterscheidung eines Willens für den Besitzerwerb und eines solchen zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt ist kein Raum. Beides fällt vielmehr begriffsnotwendig zusammen, und wenn man das Willensmoment für das eine erforderlich hält, darf man, um folgerichtig zu bleiben, es für das andere nicht verneinen.[9]

In der Tat bietet der § 867 BGB. eine wesentliche Stütze für die Ansicht, daß auch heute noch wie im römischen Recht der Besitz nicht ohne einen darauf gerichteten Willen erwor-

5) Prot. III, S. 28; vergl. auch Planck III, § 854, Anm. 2.
6) vergl. Prot. III, S. 28; Planck § 854 Anm. 2. Raape S. 8.
7) vergl. insbesondere Biermann § 854 Erläuterung 3; Crome III, S. 28; Traventinos S. 125.
8) Biermann § 854. Erl. III; Crome III, S. 28; Traventinos S. 125 .
9) Planck § 854, Anm. 3; Wolff in Eneccerus II, 1 § 10, II.

ben werden kann. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht nicht in der Weise dagegen, wie aus den von den Gegnern des Besitzwillens herangezogenen Stellen der Materialien zu folgen scheint. Gerade in den Protokollen[10] findet sich eine Bemerkung, in der hervorgehoben wird, daß der Besitzwille nicht vollständig habe verneint werden sollen, er vielmehr lediglich deswegen als besonderes Erfordernis gestrichen worden sei, weil seine Erwähnung zu Mißverständnissen führen könne und weil derselbe in einzelnen Fällen nicht vorhanden zu sein brauche.

Schließlich ist auch die Fassung des Gesetzes nicht als ein Beweismittel dafür heranzuziehen, daß der Gesetzgeber von dem Erfordernis des Willens zum Besitzerwerb abgesehen habe. Aus dem Worte „Erlangen" des § 854 BGB. ist zu folgern, daß der Besitzerwerb erst die Folge eines dahingehenden Strebens ist, das notwendig einen Willen zur Voraussetzung hat. Mithin ist als Ergebnis festzustellen, daß, obwohl es im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, ein Besitzerwerb nur dann erfolgt, wenn ein dahingehender Wille vorhanden ist.[11]

Jedoch ist die Bestimmtheit des Besitzwillens an jeder einzelnen Sache zum Besitzerwerb nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein allgemeiner, unbestimmter und in die Zukunft gerichteter Erwerbswille. Ein solcher liegt dann vor, wenn sich jemand im Voraus entschlossen hat, den Besitz an allen unter gewissen Umständen in seinen Machtbereich gelangenden Sachen zu erwerben,[12] auch ohne im Einzelfall von der Einfügung in seinen Machtbereich Kenntnis zu haben. Ein solcher allgemeiner Erwerbswille wird auch von denen, die ihn überhaupt anerkennen, in all den Fällen angenommen, in denen die Willensrichtung ein für alle Mal durch schlüssige Handlungen nach außen hin kenntlich gemacht wird. Solche Handlungen sind z. B. das Aufstellen von Fallen im Walde und das Anbringen eines Briefkastens an der Außentür der Wohnung. In beiden Fällen habe ich in deutlicher Weise meinen Willen kundgetan, den Besitz sowohl an den in den Briefkasten ge-

10) Prot. III, S. 33; vergl. auch Biermann § 854, Anm. 3.
11) RGRKomm. § 854 Anm. 3; Planck § 854 Anm. 3; Bruns S. 58 ff.; Sokolowski S. 243 ff.; Ebbecke S. 264; Zitelmann S. 21; Wolff in Eneccerus II, 1, § 10, II; RG. 106, S. 135; RG. in JW. 1925 S. 784; OLG. 41, S. 159.
12) RGRKomm. § 854, Anm. 3; Wolff in Eneccerus II, 1, § 10, III, 1; Planck § 854, Anm. 3; Bruns S. 60 f.; RG. in JW. 1925 S. 784.

langten Briefschaften, wie an dem in die Falle geratenen Wild zu erwerben. Der Besitzerwerb tritt hier in dem Augenblick ein, in dem die Sachen in die betreffende Vorrichtung gelangt sind. Auf meine Kenntnis hiervon kommt es nicht an.

Allerdings darf man mit der Annahme des Vorliegens eines allgemeinen Erwerbswillens nicht zu weit gehen. Dies tut Frank,[13] indem er die Wohnung einer Person gewissermaßen als „großen Biefkasten" auffaßt und einen Erwerbswillen des Inhabers der Wohnung an allen Sachen annimmt, die überhaupt auf irgend eine Weise in die Wohnung gelangen. Eine solche Annahme würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen, würde doch ein Besitzerwerb des Wohnungsinhabers stattfinden können, obgleich sein Wille dazu in direktem Gegensatz stehen würde, wenn nur die Sachen in seine Wohnung geschmuggelt waren.[14] Mithin ist aus der bloßen Tatsache, daß die Sachen in den Machtbereich des Empfängers gelangt sind, auf einen Besitzerwerb durch ihn nicht zu schließen.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die für den Adressaten bestimmte Ware häufig von einem Vertreter des Adressaten für ihn in Empfang genommen wird. Hier kommt es auf dessen Besitzwillen an. Anders wiederum, wenn lediglich Hausangestellte die für die Herrschaft bestimmte Sendung abnehmen. Hausangestellte (Dienstmädchen, Hausdiener) sind Besitzdiener im Sinne des § 855 BGB. Dies bedarf keiner näheren Erörterung, da die Voraussetzung des § 855 BGB., das Abhängigkeitsverhältnis[15] desjenigen, der die tatsächliche Gewalt statt des anderen ausübt, bei einem Dienstmädchen, soweit es für den Herrn handelt, wohl immer gegeben ist. Der Besitzdiener erwirbt, indem er das tatsächliche Gewaltverhältnis herstellt, den Besitz unmittelbar für seinen Herrn, vorausgesetzt, daß dieser den Willen zum Besitzerwerb hat. Hier aber muß man einen allgemeinen Erwerbswillen des Herrn immer dann annehmen, wenn der Besitzdiener im Rahmen des ihm überwiesenen Geschäftskreises handelt.[16] Der Erwerbswille äußert sich eben in dem Eingehen des Abhängigkeitsverhältnisses, da der Herr nicht jede Sache in Empfang nehmen und demgemäß nicht in jedem einzelnen Falle einen Entschluß über

13) Seite 23.
14) Gegen Frank auch Wolff in Enneccerus II, 1, § 10, III, 1; Raape S. 14 f.
15) RGRKomm. § 855, Anm. 2; Warneyer § 855, Anm. 2; Planck § 855 Anm. 2; Bruns S. 144 ff.
16) Planck § 855, Anm. 4; Bruns S. 149; Sokolowski S. 320.

den Besitzerwerb fassen will. Daß das Dienstpersonal, das eine unbestellte Zusendung abgenommen hat, innerhalb des ihm überwiesenen Geschäftskreises gehandelt hat, ist anzunehmen. Die Erfahrung lehrt, daß ein Dienstmädchen ein für alle mal die Weisung hat, für ihre Herrschaft abgegebene Sachen in Empfang zu nehmen, soweit nicht ganz besondere Umstände dagegen sprechen. Einen Vorbehalt der Herrschaft wegen der Empfangnahme unbestellter Sachen wird man im Regelfalle nicht annehmen können. Mithin ist der allgemeine Besitzwille des Empfängers bezüglich der durch Hausangestellte in Empfang genommenen Sachen regelmäßig zu bejahen. In diesen Fällen ist also der Adressat, der Empfänger der Sendung, Besitzer der Sendung geworden.

Ist aber der Besitz etwas, was nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff. BGB.) herausverlangt werden kann? Der Besitz setzt den Empfänger in die Möglichkeit die Sache zu gebrauchen. Der Empfänger hat also hierdurch in jedem Falle einen Vermögenswert erlangt, und es ist auch unerheblich, ob durch das dem Besitz zu Grunde liegende Rechtsverhältnis dem Besitzempfänger der Gebrauch der Sache untersagt ist. Es genügt allein die t a t s ä c h l i c h e Möglichkeit des Gebrauches. Der erste Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch hatte in den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung den Besitz als Vermögenswert hervorgehoben.[17] Daß der Besitz in der endgiltigen Fassung dieser Vorschriften nicht besonders erwähnt ist, ist nur eine redaktionelle Aenderung.[18] In der Literatur wird auch einstimmig der Besitz als ein Vermögenswert, der nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangt werden kann, angesehen.[19]

Zur Geltendmachung des Anspruchs aus §§ 812 ff. BGB. ist erforderlich, daß der Vermögensvorteil auf Kosten des anderen Teiles erlangt ist. Eine Erlangung auf Kosten des anderen Teiles liegt nur dann vor, wenn die Vermögensverschiebung eine unmittelbare[20] ist, also ohne das Dazwischentreten von anderen Personen oder Ereignissen eingetreten

---

17) Entwurf I, § 737, Abs. III.
18) Ebenso Planck § 812, Anm. I, 1 a.
19) RGRKomm. § 812 Anm. 1; Staudinger § 812, Anm. I, 3; Planck § 812, Anm. I, 1 a.
20) RGRKomm. § 812, Anm. 3; Staudinger § 812, I, Anm. 2; Planck § 812, Anm. I, 2 c.

ist. Diesem Erfordernis wird bei den unbestelltenZusendungen regelmäßig genügt sein. Selbst wenn auch die Ware tatsächlich vom Hauspersonal in Empfang genommen wurde, ist, da ihr Dazwischentreten unerheblich ist, die Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen Absender und Empfänger erfolgt.

Schließlich ist für die Klageberechtigung aus § 812 BGB. noch erforderlich, daß der Empfänger den Besitz der Sachen ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Lag auch bei der unbestellten Zusendung infolge des mit ihr verbundenen Vertragsantrages ursprünglich eine Berechtigung zum Besitz vor, so besitzt doch der Empfänger bei Ablehnung des Antrags nach Ablauf der Antragsfrist die Sendung ohne rechtlichen Grund. Damit aber sind die Voraussetzungen des § 812 BGB. gegeben. Grundsätzlich ist der Empfänger der ungerechtfertigten Bereicherung zur Herausgabe der Bereicherung, des Besitzes an den zugesandten Sachen und damit also zur Herausgabe der Sachen verpflichtet.

Ist er dazu aus irgend einem Grunde außerstande, dann ist er an sich nach § 818 Abs. 2 BGB. zum Ersatz des Wertes der Sachen verpflichtet. Diese Verpflichtung entfällt aber regelmäßig dann, wenn der Empfänger der Bereicherung nicht mehr bereichert ist, hier also, wenn er den Gegenstand der Sendung nicht mehr besitzt. Hiervon besteht jedoch eine Ausnahme. Der Empfänger haftet nämlich nach allgemeinen Vorschriften, wenn er beim Empfang den Mangel des rechtlichen Grundes kannte. Erfährt er ihn später, so tritt die Haftung nach allgemeinen Vorschriften von dem Empfang der Kenntnis an ein. (§§ 819, Abs. 1; 818 Abs. 4 BGB.).

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Dodt, wurde am 25. September 1899 als Sohn des Gutsbesitzers Fritz Dodt und seiner Ehefrau Meta, geb. Rößler, in Naselwitz, Kreis Nimptsch, Reg.Bez. Breslau, geboren. Ich bin katholischer Religion. Vom 6. bis zum 10. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule in Naselwitz, von Ostern 1910 das Realgymnasium in Lüben in Schles. und trat als Primaner am 13. 6. 1917 in den Heeresdienst ein. Nach meinem Austritt am 5. 7. 1919 nahm ich an einem 1½ Jahre dauernden realgymnasialen Sonderlehrgang für Kriegsteilnehmer in Breslau teil. Nach meinem am 28. Juni 1920 bestandenem Abiturientenexamen schrieb ich mich im November 1920 an der Universität in Breslau als Studierender ein, ging aber zunächst hauptberuflich 3 Jahre in die kaufmännische Lehre und war weitere 3 Jahre im Angestellten-Verhältnis und selbständig kaufmännisch tätig. Ab 1926 widmete ich mich ausschließlich dem Studium der Rechtswissenschaft und bestand am 27. 6. 1929 am Oberlandesgericht Breslau das Referendarexamen. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 25. Juli 1929 ab.